

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y MODELOS DE JUSTIFICACIÓN*

Pablo E. Navarro
CONICET, Argentina

I. Introducción

La justificación de las sentencias judiciales es un dato crucial para identificar y determinar el contenido del derecho de una cierta comunidad.¹ Dos razones íntimamente relacionadas dan cuenta de la relevancia de la noción de justificación de una sentencia. Por una parte, una primera caracterización del derecho de una comunidad surge de la identificación del conjunto de pautas que pueden invocarse como justificación de una decisión institucional. Si de manera unánime todos los miembros de una comunidad aceptasen que ciertos documentos, e. g. las leyes del Talión son irrelevantes para decidir sus casos judiciales, entonces sería extraño afirmar que esas leyes son parte del derecho de esa comunidad. Por otra parte, los órganos de adjudicación no son instituciones que tengan absoluta discreción para decidir, sino que

*Una versión preliminar de este trabajo fue presentada a las *Jornadas Italo-Argentinas de Derecho*, realizadas en Córdoba (Argentina) en Septiembre de 2004.

1. Las sentencias judiciales son una clase de las decisiones institucionales, es decir, aquellas cuyo resultado es la formulación de una norma o regla. En este trabajo sólo me ocuparé de la justificación de las decisiones judiciales.

las decisiones institucionales tienen que estar justificadas en derecho.² A diferencia de una ley, que posee validez aunque el legislador no indique una justificación explícita, un requisito de validez de las decisiones judiciales es la motivación en derecho.³

Las normas o reglas jurídicas son razones que justifican una cierta decisión, y se asume que los jueces no tienen libertad para ignorarlos.⁴ Por el contrario, el presupuesto básico sobre el que se asienta la práctica de argumentación jurídica es precisamente que los jueces están vinculados por esas normas y que sus decisiones son arbitrarias cuando ellos se apartan injustificadamente de estas soluciones. Íntimamente asociados a este presupuesto están los valores de independencia judicial y subordinación a la ley. Sin embargo, el ideal de juez instalado en nuestras comunidades representa a los jueces como individuos encargados de encontrar la verdad, decidir con prudencia y suministrar justicia. Este ideal se aparta claramente de los modelos de decisión judicial con que se enfrentan los juristas. Quienes no tienen formación profesional en derecho generalmente consagran como jueces dignos de elogio a individuos que deciden sin restricciones impuestas por otros órganos. Por ejemplo, con frecuencia se citan como decisiones ejemplares, las soluciones que ofrecía Salomón o las que Cervantes pone en boca de Sancho Panza cuando ejerce el gobierno de Baratavia. En estos casos, no se ensalza el sentido de independencia judicial o subordinación a la ley, sino el ingenio para resolver problemas prácticos de manera satisfactoria o el sentido de justicia (equidad) de quien ha decidido el caso.

El objetivo central de este trabajo es el análisis de vinculación de los jueces al derecho. En particular, intentaré mostrar las consecuencias que se siguen de dos diferentes modelos de derecho para una adecuada comprensión de la función judicial. Conforme al primer modelo, el derecho es paradigmáticamente producido por autoridades y se agota en lo que ellas han decidido. Conforme al segundo modelo, el derecho es paradigmáticamente un esquema de justificación y suministra pautas correctas para decidir. Tal vez, ningún jurista defienda explícitamente el modo en que se presentarán en este trabajo ambos modelos. Más bien, es probable que los diferentes autores produzcan su propia concepción de estas ideas, matizando o reforzando sus tesis características. Por consiguiente, la discusión de estos modelos no debe entenderse como el intento de suscribir o refutar una doctrina específica, sino como una propuesta conceptual que nos permite destacar algunos de los rasgos centrales del razonamiento jurídico y mediante ellos analizar nuestras teorías y prácticas jurídicas.

2. RAZ, Joseph. "The Institutional Nature of Law" en *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 103-121.

3. BULGIN, Eugenio. "Sentencia judicial y creación de derecho" en ALCHOURRÓN, Carlos y BULGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, año 1991, pp. 356-357 y BULGIN, Eugenio. "Los jueces, ¿Crean derecho?" en *Isonomía* N° 18, año 2003, pp. 7-26.

4. En este trabajo, las expresiones 'normas' y 'reglas' serán usadas como sinónimos.

El primer modelo, al que denominaré Modelo Comunicativo (MC), se basa en una obviedad: el derecho depende de decisiones de autoridades. A diferencia de lo que sucede con la moral, el derecho es deliberadamente producido y aplicado por autoridades específicas. Mientras que no tiene sentido señalar que hay autoridades morales que puedan intencionalmente cambiar el status moral de una conducta, es un rasgo típico del derecho que la calificación jurídica de un comportamiento pueda modificarse mediante la formulación explícita de una norma por parte de una autoridad jurídica.⁵ De manera simplificada, puede sostenerse que una persona tiene autoridad cuando, en ciertas circunstancias, aquello que ella *dice* es relevante para determinar el status normativo de una cierta acción. Así, puede decirse que la autoridad se expresa mediante un lenguaje y comunica sus decisiones a los destinatarios de las normas a efectos de motivar sus comportamientos. En el Modelo MC, el límite del derecho estaría, entonces, asociado a los límites del lenguaje utilizado por las autoridades.

El segundo modelo, al que denominaré Modelo Justificatorio (MJ), también se basa en una importante intuición: el derecho sirve como justificación para intervenir en bienes básicos de los individuos. Una acción típicamente inmoral es aquella que de manera deliberada causa sufrimiento a un individuo. ¿Por qué la imposición de un castigo no es una práctica inmoral? Los jueces deciden deliberadamente, por ejemplo, imponer un castigo de prisión por un cierto delito y esta privación de la libertad normalmente provoca sufrimiento al individuo sancionado. Pero los jueces aplican el derecho, y ello presupone que el derecho sirve para justificar restricciones a la vida, a la propiedad, a la libertad o al honor de los individuos que, de otro modo, serían consideradas inmorales.

Ambos modelos asumen que el derecho impone obligaciones y, en particular, que los jueces están obligados a aplicar el derecho. El problema es que ninguno de los dos modelos puede por sí mismo ofrecer una explicación completa de la naturaleza del derecho. El desafío para el Modelo MC es explicar las diferencias entre las obligaciones que impone una autoridad y las exigencias de un asaltante. Dado que la existencia del derecho está típicamente asociada a las obligaciones que impone, la incapacidad de dar cuenta de la normatividad del derecho sería un serio defecto de este modelo.⁶ Por su parte, el problema del Modelo MJ es que no parece capaz de explicar en qué sentido el derecho está conectado a las decisiones de las autoridades.

5. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot, año 1961 pp. 217-220.

6. HART, H.L.A. "Legal Duty and Obligations" en *Essays on Bentham*, Oxford, editado por Oxford University Press, 1982, p. 144 (También véase: POSTEMA, Gerald "The Normativity of Law" en GAVISON, Ruth (ed), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, editado por Oxford University Press, año 1987, pp. 81-104; BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1991; REDONDO, María Cristina. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1996.

Dado que el derecho típicamente depende de las decisiones de estas autoridades, la incapacidad de dar cuenta de la conexión entre derecho y autoridad sería un serio defecto del Modelo MJ.⁷

Finalmente, aunque ninguno de esos modelos pueda aisladamente proporcionar una explicación de la naturaleza del derecho, podría conjeturarse que una combinación de sus tesis sería el camino correcto para elaborar un modelo más adecuado. Sin embargo, esta sugerencia sería precipitada ya que los diferentes compromisos conceptuales de ambos modelos frustran los intentos de hacer compatibles sus respectivos enfoques. En particular, intentaré mostrar que ambos modelos son incompatibles, ya que mientras que el Modelo MC asume que el derecho se *agota* en lo que la autoridad prescribe, el Modelo-MJ admite como material jurídico relevante las razones que la autoridad tenía para prescribir lo que ha ordenado.

II. EL Modelo de comunicación

La base de MC son dos ideas bien conocidas. Por una parte, una de las principales funciones del derecho es motivar el comportamiento de los individuos; por otra parte, el derecho depende de las decisiones de las autoridades. El lenguaje es el hilo que conecta ambas ideas. Los individuos no pueden motivarse si no conocen lo que deben hacer. Si un individuo intenta determinar la conducta de otro, entonces debe comunicar qué es lo que hay que hacer o evitar. Éste es un deber técnico, que se basa en la conexión entre la información y la motivación. Como requisito para el éxito de la motivación, es preciso que se establezca una relación comunicativa entre emisor y receptor y el soporte de esta relación es un lenguaje compartido entre ambos. Al respecto, Alchourrón y Bulygin señalan:⁸

“La captación de sentido del enunciado que expresa una norma por parte del destinatario es condición necesaria para que la norma pueda cumplir el papel que le asigna el legislador: el de motivar determinadas conductas sociales. Si el destinatario no captó ese sentido, no puede ser motivado por la norma y no puede obedecerla ni aplicarla.”

7. Acerca de la importancia de la noción de autoridad en la explicación de la naturaleza del derecho, véase RAZ, Joseph. “Authority, Law, and Morality” en *Ethics in the Public Domain*, editado por Oxford University Press, año 1984, pp. 204-210.

8. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Definiciones y Normas” en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., p. 442.

Por tanto, en aquellos casos en que, sin conocer la existencia de una norma que impone una cierta pauta de conducta, la conducta del destinatario coincide con lo que le han prescrito, no puede sostenerse que su comportamiento haya sido motivado por la norma. Aunque es verdad que el individuo no desobedece la orden, parece exagerado afirmar que obedece la prescripción.

La autoridad de un individuo se manifiesta paradigmáticamente en la capacidad de modificar el status normativo de una acción *diciendo* qué es lo que los destinatarios deben hacer. Este rasgo es una de las características centrales de la autoridad jurídica ya que es la que nos permite explicar la naturaleza *dinámica* del derecho.⁹ Para el Modelo MC, el derecho se agota en lo que establece la autoridad, y dado que la autoridad expresa sus decisiones en un determinado lenguaje, los límites del lenguaje señalan los límites del derecho. De manera típica, la autoridad no descubre o meramente declara lo que es correcto hacer, sino que decide qué comportamientos deben ejecutar los individuos, y ello está recogido en la máxima de Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*.¹⁰

El vínculo entre autoridad y lenguaje necesita de mayores precisiones. En particular, es necesario distinguir claramente entre normas individuales y normas generales. En ocasiones, las autoridades se dirigen específicamente a los destinatarios de sus prescripciones, intentando determinar taxativamente qué individuos están obligados a ciertos comportamientos. Esa técnica de motivación, sin embargo, no puede tener éxito en un grupo social relativamente complejo. No es posible que la autoridad decida para cada individuo y para cada situación, qué acción debe ejecutarse.¹¹ Por ello, la autoridad emplea normas generales que sirven para regular clases de situaciones e individuos.¹²

Las normas generales pueden ser introducidas por medio de dos técnicas diferentes: la ejemplificación y las instrucciones. Según Hart,¹³ puede decirse que el ejemplo hace un *uso mínimo* de palabras clasificadoras, mientras que las instrucciones formuladas en un lenguaje hace un *uso máximo* de las palabras de clase. El ejemplo

9. Para un detallado argumento acerca de la naturaleza dinámica del derecho y su conexión con la autoridad, véase: HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 113 y ss. y KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 2da edición, editado por Porrúa, México, 1979, pp. 201 y ss.

10. Al respecto, véase: FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, Madrid, año 2003, p. 15 en especial la nota 3.

11. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, editado por la Universidad de Carabobo, Venezuela, año 1979, pp. 23-31.

12. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 26-27; 155-157. Acerca de la relevancia de las normas generales en el argumento de Hart, véase: COLEMAN, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" en COLEMAN, Jules (ed), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, año 2001, pp. 108-109.

13. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 155.

guía la conducta de manera imprecisa, dejando a criterio de quien sigue la regla la tarea de identificar los rasgos relevantes de la conducta a imitar. Quien imita la conducta ejemplar tendrá que descubrir qué aspectos del comportamiento son requeridos. Supongamos, siguiendo el ejemplo clásico de Hart, que un padre se dirige a su hijo, ordenándole imitar su conducta, y cuando llega a la iglesia se quita el sombrero. Su comportamiento puede ser descrito mediante infinitas propiedades. Así, puede decirse que el padre se ha quitado el sombrero con la mano derecha, o que se lo ha quitado inmediatamente antes de persignarse o que luego de quitarse el sombrero lo ha dejado sobre un banco y así, sucesivamente. ¿Cuál de todas estas características son relevantes para imitar?, ¿En qué se ha de parecer la conducta ejemplar y la que la imita? Para responder estas preguntas, el hijo tendrá que decidir por su cuenta sobre la base y su imitación se basará en su conocimiento de la situación, la probable reacción de comunidad, las intenciones del quien ejecuta el ejemplo, etc. La solución del caso dependerá de un juicio de analogía y semejanza, pero hasta que no se hagan explícitos los criterios que determinan las comparaciones, la afirmación de que el hijo sigue el ejemplo de su padre sólo será una conjetura.

Por el contrario, la guía del comportamiento mediante instrucciones tienen la ventaja de reducir la indeterminación. Una orden verbalmente formulada puede fijar los rasgos relevantes de la situación, evitando la incertidumbre acerca de los criterios de semejanza. La orden del padre, 'Quítate el sombrero al entrar en la iglesia' separa lo relevante de lo accesorio. Quien sigue la regla no necesita predecir las reacciones de la comunidad o adivinar las intenciones de quien formula la instrucción ya que cuenta con un criterio de relevancia fijado por el uso de las palabras clasificadoras. En otras palabras, para seguir la regla, sólo necesita comprender el lenguaje en el que ha sido formulada la orden. Aunque sea verdad que una situación particular pueda ser descrita mediante infinitos predicados, la enorme mayoría de ellos son irrelevantes para determinar si una conducta constituye un caso del seguimiento de una cierta regla.

Las ejemplificaciones y las instrucciones pueden ser vistas como formas rudimentarias de dos importantes técnicas jurídicas: el precedente y la legislación. El desarrollo del derecho contemporáneo ha favorecido claramente al uso de la legislación como técnica de motivación de conductas. Eso se refleja claramente en la proliferación de leyes que formulan las autoridades. Por ejemplo, en Argentina las primeras 5000 leyes fueron dictadas en un lapso de 44 años, mientras que las siguientes 5000 leyes fueron producidas en sólo 9 años.¹⁴ Estos datos avalan la afirmación de MacCormick, cuando sostiene que la legislación es, por excelencia, el procedimiento de creación de normas jurídica.¹⁵

14. BULYGIN, Eugenio. "Teoría y técnica de legislación" en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 410.

15. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, año 1978, p. 57.

De esta reconstrucción acerca de las normas generales y la motivación del comportamiento se siguen dos importantes consecuencias:

(a) *El Alcance de las normas.* El alcance de una norma es el conjunto de casos a los que ella se aplica. Mediante normas generales, la autoridad establece la correlación entre circunstancias genéricas y soluciones genéricas y no es necesario ni suficiente que haya anticipado la ocurrencia de eventos particulares para que estos estén resueltos por sus normas. Las normas sirven para resolver casos individuales que la autoridad no se ha representado previamente. Ahora bien, dado que las normas generales no se refieren específicamente a los casos individuales, surge un importante interrogante: ¿Qué es lo que conecta las normas generales y los casos individuales? ¿Qué es lo que determina el *alcance* de una norma?

Las diferentes variantes del modelo MC asumen normalmente que la conexión entre normas y casos depende del significado de las palabras usadas por el legislador. Sin embargo, legislar es decidir en situación de incertidumbre, ya que la autoridad desconoce relativamente el futuro y, por ello, sus propósitos se encuentran relativamente indeterminados.¹⁶ Esto conduce a una cierta perplejidad: el modo normal de conocer lo que una autoridad decide es tomar en cuenta lo que ha dicho, pero, a su vez, en casos imprevistos, lo que la autoridad ha dicho puede no reflejar sus intenciones. ¿Cómo debe analizarse, entonces, la relación entre decisiones de la autoridad, lenguaje normativo y la conexión entre normas y casos? En la práctica jurídica este interrogante refleja la tensión entre la letra de la ley y las decisiones de la autoridad. Al respecto, Kelsen sostiene:¹⁷

“La jurisprudencia tradicional reconoce en forma general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las palabras utilizadas en la ley o en el negocio jurídico.”

Luego añade,¹⁸

“Pese a los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión... Inclinar a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad – por lo general problemática – del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero.”

16. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 160.

17. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 351.

18. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 352.

Esta respuesta de Kelsen puede ser desafiada. Por ejemplo, Joseph Raz minimiza la diferencia entre decisiones de las autoridades y casos regulados por las normas que ellas han formulado, asumiendo que lo que dice la autoridad es aquello que intenta decir. En esta propuesta, la diferencia entre lo que una autoridad *decide* expresamente y lo que *dice* expresamente no juega un papel importante en la identificación de las normas jurídicas, aunque puede ser relevante en otros contextos. En gran medida ello es consecuencia de la institucionalización de los modos de creación del derecho, que permiten evitar discrepancias entre lo que se dice y lo que se quiere decir. Así, Raz afirma:¹⁹

"... Advertimos que la legislación no sólo requiere la intención de legislar, sino que también exige conocimiento de lo que se legisla ... La sugerencia natural es que los legisladores crean el derecho que intentan crear, y que lo hacen al expresar su intención de crear derecho."

Luego añade,²⁰

"La manera normal de establecer lo que una persona intentó decir es establecer lo que dijo. ... Dado que la legislación está institucionalizada de tal manera que virtualmente no hay errores lingüísticos, pérdida de control físico, y otras explicaciones de acciones equivocadas, y dado que cualquier teoría concebible de la autoridad pone un gran énfasis sobre la relativa claridad en la demarcación de lo que cuenta y lo que no cuenta como un ejercicio de autoridad, la posibilidad de tener que ir más allá de lo que se dijo para establecer lo que se quiere decir es muy rara. Para propósitos prácticos, puede desaparecer completamente."

Esta concepción sobre las relaciones entre creación del derecho, intenciones de las autoridades y formulación de normas permite evitar la discusión acerca de la primacía entre lo que la autoridad intenta prescribir y lo que efectivamente prescribe. Conforme a este presupuesto, las situaciones que comprende una norma sobre la base de lo que significan las palabras empleadas por la autoridad coinciden con lo que la autoridad ha querido regular.

La discrepancia entre las propuestas de Kelsen y Raz gira en torno a la conexión entre normas y casos, es decir acerca de qué es lo que decide si un caso cae en el alcance de una norma. Mientras Kelsen señala que esa conexión puede estar determinada tanto por el significado de las palabras de la ley como por la voluntad del legislador,

19. RAZ, Joseph. "Intention in Interpretation", en ROBERT, George (ed), *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1956, p. 266.

20. RAZ, Joseph. "Intention in Interpretation", op. cit., p. 270.

Raz remarca que, en la práctica, esas posibles discrepancias son insignificantes. No es preciso tomar partido por alguna de estas propuestas, pero en cambio es importante señalar que, en tanto versiones del Modelo MC, ellas están comprometidas con el rechazo de las concepciones escépticas. En particular, el Modelo MC niega que el derecho esté radicalmente indeterminado, i. e. que cualquier decisión judicial es correcta o que siempre es necesaria una nueva decisión de la autoridad para resolver casos individuales. El derecho puede resultar parcialmente indeterminado y el margen de indeterminación puede ser mayor o menor, pero para ser fiel al Modelo MC es preciso asumir que las normas generales pueden determinar una situación normativa individual. Como señala Hart,²¹ cuando se regula el comportamiento mediante normas generales, el destinatario de una norma...

"... sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que 'subsumir' hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo."

Así, la línea que divide a MC de las doctrinas escépticas es la existencia de respuestas correctas que hacen innecesaria una nueva decisión de la autoridad o el interprete a efectos de determinar el estatus normativo de una acción.

A efectos de simplificar el análisis, en este trabajo se asumirá que para el Modelo MC el *alcance* de una norma está determinado por el significado de las expresiones que la autoridad emplea al formular sus prescripciones. La relación entre situaciones abstractas reguladas por las normas y los casos individuales es *conceptual* (interna) y no depende de lo que decidan los interpretes, sino del significado de las palabras y los hechos que se han producido. Así, una norma que dispone que los homicidas serán castigados regula el asesinato de César a manos de Bruto y esa norma se aplica a las circunstancias mencionadas aun cuando equivocadamente un juez sostenga que Bruto no mató a César.²²

Por supuesto, el significado de las expresiones empleadas por la autoridad no siempre tiene la suficiente precisión para determinar exhaustivamente la solución de todos los casos individuales. En estas situaciones marginales, es inevitable que el órgano de aplicación ejerza su discreción para determinar el alcance de una norma.

21. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 157.

22. BULYGIN, Eugenio. "Cognition and Interpretation of Law" en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley. (eds), *Cognition and Interpretation of Law*, editado por Giappichelli, Turín, Italia, 1995, p. 20.

En estos casos, las instrucciones guían la conducta de manera indeterminada, de manera similar a como lo hacen los ejemplos, y la decisión se basa en la semejanza y analogía que presentan las situaciones marginales con las características principales de los casos claros. Pero la existencia de estos casos marginales, en los que es necesaria una nueva decisión de la autoridad, no tiene que ocultar los casos típicos o paradigmáticos, en los que la solución no depende de una nueva decisión de las autoridades, sino de lo que señalan las normas generales.²³

(b) *La fuerza de las normas.* Por fuerza de las normas puede entenderse a la aptitud que tienen para justificar decisiones institucionales. Si la legislación es, por excelencia, el procedimiento de creación de normas jurídica, el paradigma de las normas generales válidas son las normas formuladas por el legislador. En gran medida, la relevancia de la legislación deriva del hecho de que las normas generales permiten resolver un número indeterminado, potencialmente infinito, de situaciones individuales (casos individuales) sin haberlas considerado previamente. En este sentido, Alchourrón y Bulygin señalan:²⁴

“Entendemos por normas generales las que correlacionan un caso genérico con una solución; indirectamente esas normas solucionan también todos los casos individuales que pertenecen a ese caso genérico. De esta manera, el legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales mediante un número finito de normas generales.”

Las normas generales sirven como guía del comportamiento sólo en la medida en que ellas pueden ofrecer una ‘diferencia práctica’, es decir, su presencia o ausencia cambia las razones para la acción de los individuos.²⁵ Así, el hecho de que un determinado evento tenga una propiedad correlacionada por el legislador con una cierta solución tiene que tener relevancia para decidir lo que se debe hacer o no hacer. Para que esta técnica pueda funcionar eficazmente, es preciso que las normas generales impongan una solución a los casos individuales o, en otras palabras, es necesario que las normas generales válidas determinen la solución de los casos individuales. En una celebre frase, Dworkin recuerda esta idea de la siguiente manera:²⁶

23. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 157-160.

24. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editado por Astrea, Buenos Aires, año 1974, p. 59.

25. Acerca de la diferencia práctica que producen las reglas, véase: SHAPIRO, Scott, “The Difference that Rules Make” en BIX, Brian. (ed) *Analyzing Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1998, pp. 33-64.

26. DWORKIN, Ronald. “He Model of Rules I” en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mas: Harvard University Press, año 1977, p. 24.

“Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si se producen los hechos que una norma regula, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que establece debe ser aceptada, o bien la norma no es válida, y entonces no contribuye en nada a la decisión.”

Esta ‘capacidad práctica’ de las normas jurídicas está presupuesta en las estrategias argumentativas de los usuarios del derecho. Los participantes *invocan* las normas y *prueban* los hechos que ella establece como condición de una cierta consecuencia normativa. Se da por supuesto que la norma tiene capacidad para justificar una decisión institucional, es decir, los participantes no tienen que probar la fuerza de una norma jurídica.

La explicación de la fuerza de las normas jurídicas está en estricta relación con la identificación del material apto para justificar una decisión institucional. Al respecto, Alchourrón señala:²⁷

“Con respecto a la identificación de los elementos del sistema normativo a utilizarse como fundamento en una justificación, existen diferentes versiones de la teoría de acuerdo con diferentes formas de trazar la distinción entre las así llamadas fuentes formales y fuentes material del derecho. La versión más estricta considera a la legislación como la única fuente formal del derecho, mientras que la costumbre así como otras clases de normas son consideradas sólo cuando la legislación indica las circunstancias en las cuales deben ser tomadas en cuenta.”

Ahora bien, si la única fuente admisible para la justificación de una decisión es la legislación, entonces la discusión acerca de la fuerza de las normas legisladas pierde relevancia. Cuando un caso está regulado mediante una norma legislada válida, esta norma impone concluyentemente una solución ya que es el único tipo de pautas que puede ser invocada para fundamentar una decisión jurídica. Dado que es tradicional asumir que las normas tienen fuerza concluyente para decidir la solución de un caso, es normal que los juristas se limiten a discutir acerca de la validez de la norma, de su alcance (i.e. si la norma regula o no el caso en cuestión), o sobre los hechos que efectivamente han ocurrido. Y, finalmente, ello resulta en que, en los casos en que los juristas no están dispuestos a admitir que la norma tiene fuerza (i.e. es apta) para justificar una decisión, el argumento central sea que, en definitiva y más allá de lo que pareciera sugerir el texto de una disposición, la norma no regula el caso.

27. ALCHOURRÓN, Carlos. “Sobre derecho y lógica” en Revista Isonomía Nº 13, año 2000, pp. 15-16.

III. Normas generales y casos individuales

La naturaleza de la relación entre normas generales y casos individuales es con frecuencia motivo de discrepancia por la ambigüedad de las expresiones involucradas en el análisis. Una primera ambigüedad surge de la palabra 'caso'. Como bien señalan Alchourrón y Bulygin,²⁸

"... es que el término 'caso' es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso de asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot; del caso de sustracción de cadáveres y del caso de los Caballeros de la Noche. Obviamente, la palabra 'caso' no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento temporal determinados. La expresión 'el caso de homicidio político' no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener. La propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales u ocasiones... A fin de eliminar esa ambigüedad introduciremos las expresiones 'caso individual' y 'caso genérico'."

La diferencia entre casos genéricos e individuales es importante porque las normas generales correlacionan casos genéricos o posibles propiedades que pueden tener los acontecimientos con ciertas consecuencias normativas. A su vez, las normas individuales solucionan casos individuales de manera específica. En este sentido, la parte resolutive de una sentencia judicial es un ejemplo típico de norma individual y la legislación (e.g. las normas del Código Civil) es paradigmáticamente un conjunto de normas generales. Esta noción de norma general es *clasificatoria* y una norma es o bien una norma general o bien una norma individual, según sea que solucione a un caso genérico o un caso individual.

Los juristas, sin embargo, emplean con frecuencia otra noción de norma general, como opuesta a lo que pueden denominarse 'normas elementales'.²⁹ Tanto las normas generales como las normas elementales solucionan casos genéricos. Así, las normas elementales y generales se parecen en que ambas regulan un número indeterminado de casos individuales y fundamentan infinitas normas derivadas como consecuencia lógica, pero la diferencia entre ambos tipos de normas radica en su mayor o menor

28. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 58.

29. Acerca de esta clasificación de las normas, véase: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 79 y 125.

alcance. A efectos de explicar esta diferencia entre normas generales y elementales, es preciso introducir ciertas nociones previas. Supongamos que nos interesa analizar la transferencia de un bien inmueble. En principio, existe un número ilimitado de eventos que son ejemplos de transferencia de estos bienes y algunas de las infinitas propiedades que ellos pueden presentar son:

- Título oneroso o título gratuito,
- Buena fe del enajenante o mala fe del enajenante,
- Buena fe del adquirente o mala fe del adquirente,
- Inscripción del inmueble en el registro inmobiliario o ausencia de inscripción en el registro inmobiliario
- Intervención de menores en el negocio jurídico (M) o ausencia de menores en el negocio jurídico.

Ahora bien, ¿Cuáles de todas estas propiedades son jurídicamente relevantes?³⁰ En principio, la respuesta más simple es señalar que son relevantes todas aquellas propiedades que el legislador ha mencionado en la formulación de sus normas. Por ejemplo, para el problema de la restitución de bienes inmuebles, en los artículos 2777 y 2778 del Código Civil, Vélez Sarfield tuvo en cuenta al título oneroso o gratuito de la transferencia y la buena o mala fe de los adquirentes o enajenantes. Estas propiedades que menciona el legislador sirven como marco de análisis de las situaciones jurídicas particulares ya que estas últimas pueden ser estudiadas como instancias o ejemplos de situaciones que el legislador ha regulado en abstracto. Este marco de análisis es denominado *Universo de Casos UC*. Las combinaciones de propiedades están representadas en el siguiente diagrama mediante el signo '+' para los casos en que la propiedad está presente y mediante el signo '-' en casos en que la propiedad está ausente. La siguiente tabla muestra cuáles son todas las combinaciones lógicamente posibles de las tres propiedades mencionadas.

	BFE	BFA	TO
1	+	+	+
2	-	+	+
3	+	-	+
4	-	-	+
5	+	+	-
6	-	+	-
7	+	-	-
8	-	-	-

30. Este análisis sigue a las ideas desarrolladas por ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit. En especial, véase, capítulo I, II y VI.

Estas ocho situaciones en las que se menciona a una propiedad o su negación son casos elementales de ese Universo de Casos. Una norma elemental es la que correlaciona una solución normativa a un caso elemental. Por ejemplo, si el legislador dispone que no procede la restitución en los casos de buena fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso, su norma es una norma elemental (i.e. ofrece una solución al caso elemental 1).

Es importante recalcar que mientras que los eventos individuales de transferencia de un bien inmueble son difíciles de enumerar, las situaciones previstas en abstracto por el legislador puede determinarse con relativa facilidad. Como hemos visto, Vélez Sarfield sólo ha tomado en cuenta tres propiedades lógicamente independientes, i.e. la presencia o ausencia de una de ellas es compatible con la presencia o ausencia de las otras y ello limita el análisis a ocho situaciones analíticamente posibles que surgen de la combinación del título oneroso o gratuito de la transferencia y la buena o mala fe de los adquirentes o enajenantes.

Una transferencia que se haya realizado con mala fe del enajenante (\neg BFE), buena fe del adquirente (BFA) y mediante título oneroso (TO) ejemplifica el caso 2 del diagrama. Las normas de los artículos 2777 y 2778 del Código Civil establecen: (N1) Si la transferencia es a título gratuito, entonces es obligatoria la restitución del inmueble y (N2): Si la transferencia fue realizada con mala fe del enajenante y mala fe del adquirente, entonces es obligatoria la restitución. Estas normas pueden representarse de la siguiente manera: (N1) \neg TO \rightarrow OR; (N2) \neg BFE y \neg BFA \rightarrow OR.

En la representación tradicional de las normas, el vínculo entre el supuesto de hecho y la consecuencia normativa es de condición suficiente, es decir, la ocurrencia del evento previsto en el antecedente de una norma determina la calificación normativa de la acción. En el caso de la norma (N1) es *suficiente* que la transferencia haya sido a título gratuito para que surja la obligatoriedad de la restitución. Dado que el antecedente de estas normas constituye una condición suficiente para su aplicación, puede afirmarse que la norma (N1) regula *todos* los casos genéricos en que se presente título gratuito (i.e., en los que se encuentre negado el título oneroso). Así, la norma (N1) regula los casos genéricos 5, 6, 7 y 8. Por el mismo argumento, es posible decir que (N2) regula los casos genéricos en los que no hay buena fe del enajenante y el adquirente, i.e. casos 4 y 8 del diagrama.

La norma (N1) regula cuatro casos elementales y la norma (N2) regula sólo dos casos elementales de este Universo de Casos UC. Por ello, la primera norma es más general que la segunda. De esta manera, aunque tanto (N1) como (N2) puedan regular un *número ilimitado de casos individuales*, el alcance de (N1) es mayor ya que ella regula mayor cantidad de casos elementales. En este sentido, la noción de norma general es comparativa, ya que una norma (N1) puede ser más o menos general que otra norma (N2). Aunque el legislador no haya mencionado expresamente las

situaciones que sus normas regulan, de las normas que ha formulado expresamente se sigue *implícitamente* la solución de esos casos. Esto significa que el alcance de una norma general, i.e. su contenido conceptual, sólo puede determinarse una vez que se extraen las consecuencias lógicas de lo que ha dicho expresamente el legislador.

La tarea de determinar las consecuencias lógicas de una norma es, a menudo, denominada 'interpretación del derecho'. Como señalan Alchourrón y Bulygin,³¹

"... buena parte de lo que los juristas llaman 'interpretación' en este contexto, puede ser reconstruido como determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados de derecho para un problema o materia determinada."

Por consiguiente, una función central de la interpretación jurídica es establecer el alcance de las normas generales, y esta es una tarea crucial porque permite advertir claramente la conexión entre normas generales y casos individuales. Hemos visto que los casos individuales pueden ser descritos mediante infinitas propiedades, pero las propiedades expresamente mencionadas por el legislador son finitas, aun cuando pueden ser numerosas. Estas propiedades que menciona el legislador son relevantes ya que su presencia o ausencia están asociadas con diferentes consecuencias normativas, y es posible mostrar que las propiedades que el legislador no menciona son irrelevantes ya que su presencia o ausencia no modifica el estatus normativo de las acciones. Por esta razón, aunque un evento particular pueda ejemplificar infinitas propiedades individuales, la enorme mayoría de ellas serán irrelevantes desde el punto de vista de la calificación jurídica que el legislador ha otorgado a una acción.

Una vez que se distingue entre diferentes sentidos de normas generales y se advierte que las normas implícitas (i.e. las que se derivan lógicamente de las normas formuladas) desempeñan un papel central en la identificación del alcance de una norma general, es necesario distinguir entre diferentes sentidos de 'norma individual' ya que en esa ambigüedad se esconde la fuente de numerosos malentendidos y discrepancias. Una norma individual es tanto una norma implícita que se deriva de una norma general más ciertos hechos como la norma que formula un juez para resolver una controversia particular. Por ello, no hay que confundir la relación de subsunción, que es una relación *conceptual* (interna) entre normas y los casos que regulan, con la relación de justificación en la aplicación de las normas. Esta relación de justificación es *institucional* (externa). Aunque sea verdad que una norma se aplica a un cierto caso, no se sigue que sea verdad que el juez ha aplicado o deba aplicar esa norma para resolver el caso. Que una norma se aplique o no a una determinada

31. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 114.

situación es una cuestión conceptual, mientras que la aplicación de una norma en el proceso de justificación de la solución de un caso es una cuestión institucional.

La diferencia entre las relaciones conceptuales e institucionales que existen entre normas generales y casos particulares, sirve también para comprender adecuadamente la naturaleza de las soluciones que esas normas atribuyen a esos casos y exige distinguir claramente entre sentidos diferentes de la palabra 'caso individual'. Por una parte, podemos referirnos a un caso individual en el sentido de situaciones que son una instancia o ejemplo de los casos regulados de manera abstracta por una norma. Por otra parte, podemos hablar de casos individuales en el sentido de controversias que se deciden en sede judicial, mediante un proceso jurídico específico. A efectos de evitar confusiones, la expresión 'caso individual' se usará en el primer sentido señalado, mientras que la expresión 'caso judicial' se usará para hacer referencia a las controversias que se resuelven mediante un proceso judicial.

Si un caso individual es una instancia del supuesto de hecho establecido por la norma general, entonces, la solución que esa norma atribuye al caso se impone sin necesidad de una nueva decisión al respecto. La calificación normativa de la norma general se 'transmite' de manera concluyente al evento individual, de manera similar al modo en que el valor de verdad de las premisas se transmite a las conclusiones en una inferencia. Quien afirma las premisas de un argumento ha implícitamente afirmado también las proposiciones que se siguen como conclusiones, aunque no haya considerado o advertido expresamente el alcance de sus afirmaciones. De igual manera, quien regula una clase de situaciones mediante una norma general también ha regulado implícitamente los casos individuales que se encuentran en el alcance de una norma. En este sentido, la fuerza de un argumento (teórico o normativo) es 'concluyente', o podemos sostener que un argumento 'impone' una conclusión.

Por el contrario, si nos referimos a los casos en el sentido de casos judiciales, entonces la solución de estos casos siempre exige una nueva decisión institucional. La solución de un pleito exige la intervención de un órgano de aplicación del derecho y el hecho de que una norma general solucione un determinado caso individual no es condición necesaria ni suficiente para sostener que el juez soluciona el pleito mediante la aplicación de esa norma. La relevancia de la norma general aplicable para la solución institucional de un determinado caso judicial depende de otros hechos adicionales, e.g. de lo que las partes hayan probado en el proceso. Por consiguiente, la pregunta '¿Qué conecta a las normas generales y los casos individuales?' admite diferentes respuestas según sea la noción de caso que se tenga en mente, ya que mientras la relación entre normas generales y casos individuales es *conceptual* (interna), la relación entre normas generales y casos judiciales es *institucional* (externa).

IV. Subsunción y justificación

El esquema de justificación de las decisiones judiciales conocido como 'subsunción' puede verse como una forma de articular las relaciones entre el alcance y la fuerza de las normas. En palabras de Moreso,³²

"La aplicación del derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de subsunción."

Para el Modelo MC, la justificación de una decisión judicial consiste en incluir un evento particular en el alcance de una norma general y derivar para el caso individual la solución normativa establecida en abstracto por la norma general. Esta operación puede ser reconstruida como un razonamiento lógicamente válido, i.e. el llamado silogismo judicial, en el que la premisa mayor es una norma general válida, la premisa menor es la descripción de los hechos operativos mencionados por la norma general y la conclusión es la declaración del juez sobre las consecuencias normativas que se siguen de las mencionadas premisas.

En este esquema de justificación, las propiedades que determinan la solución de un caso individual son las que el legislador ha seleccionado en sus normas generales. La subsunción consiste, precisamente, en hacer explícita la conexión entre las propiedades normativamente relevantes que ha señalado el legislador y ciertas propiedades que presenta el caso individual. Sin embargo, el problema radica en que, como hemos señalado anteriormente, cualquier evento particular puede describirse mediante infinitas propiedades, y el límite en el detalle de nuestras descripciones obedece a razones pragmáticas, e.g. economía en la comunicación, relevancia de la información, etc. Por consiguiente, ¿Cuáles de las infinitas propiedades que puede presentar un caso individual son relevantes para la justificación de una decisión? El esquema subsuntivo de justificación asume que las propiedades seleccionadas por el legislador *excluyen* a otras propiedades que pueden presentar los casos individuales.³³ En algunas ocasiones, la fuerza excluyente de las normas es expresamente destacada por el legislador. Por ejemplo, desde 1848, los diferentes códigos penales de España establecen que los jueces se encuentran rigurosamente obligados por las leyes y, entre

32. MORESO, José Juan. "Conflictos entre principios constitucionales" en CARBONELL, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 99-100.

33. Acerca de la naturaleza de las normas como razones excluyentes véase, RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*, 2ª edición, Princeton University Press, año 1990, pp. 49 y ss.

otras cosas, ello significa que los jueces no pueden dejar de lado las normas penales con el pretexto de que la pena es desproporcionada a la falta cometida o que la conducta no merece reproche penal.³⁴ En estos casos difíciles, los jueces tienen la posibilidad de solicitar al poder ejecutivo el indulto para quien ha infringido la norma. Detrás de estas ideas subyace la convicción de que legislar es decidir una situación, y que la función de una autoridad es determinar normativamente el estatus de una acción. En otras palabras, el legislador no *aconseja* acerca de las consecuencias normativas de las conductas, sino que *ordena* a jueces y destinatarios una cierta pauta de comportamiento.

El abandono del esquema subsuntivo de justificación representa un desafío a criterios de racionalidad profundamente arraigados en nuestras redes conceptuales. Este esquema pretende ejemplificar un razonamiento lógicamente válido, i.e. una inferencia en la que no se puede rechazar la conclusión una vez que se han establecido sus premisas. En este sentido Bulygin señala:³⁵

"Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas). Desde luego, no se trata aquí de afirmar que el juez encuentra la solución del caso mediante un proceso deductivo a partir de las normas generales. De qué manera el juez arriba a su decisión es un problema psicológico que no interesa en este contexto; sólo nos interesa el problema lógico de la fundamentación."

La otra cara de la moneda de la justificación es la arbitrariedad. En este contexto, 'decisión arbitraria' no significa que la solución sea irrazonable o estúpida, sino más bien que si el razonamiento justificatorio no es lógicamente concluyente, entonces siempre es posible encontrar una alternativa a la decisión que ha tomado el juez. De esta manera, la justificación se ve seriamente debilitada ya que no es posible mostrar que es la solución jurídicamente *correcta*. Si hay varias decisiones disponibles, la elección de una de ellas en detrimento de las otras parece más un puro acto de voluntad que una decisión apoyada en un argumento.

34. Para una crítica a esta idea, véase: BACIGALUPO, Enrique. "Sobre la vinculación del juez a la ley penal" en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1 y 2, año 1997, pp. 39-50.

35. BULYGIN, Eugenio. "Sentencia judicial y creación de derecho", en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., p. 356.

V. El Modelo de Justificación

En el Modelo MC, el fundamento de la calificación normativa de una acción es lo que ha dicho la autoridad. Esta tesis trasciende el ámbito de la teoría del derecho y es fácil encontrar diversas instituciones dogmáticas en las que juega un papel principal. Por ejemplo, en el derecho penal liberal se pretende que la práctica del castigo se asiente sobre la base del Principio de Legalidad. De acuerdo a esta exigencia sólo pueden considerarse como delitos aquellas conductas que la autoridad ha expresamente asociado a una sanción penal. Aunque existan razones para prohibir una determinada conducta, si la autoridad todavía no ha dictado una norma al respecto, entonces esa conducta aún no está penalmente reprochada. Como se ha señalado anteriormente, cuando las decisiones de la autoridad son el único fundamento del estatus normativo de una acción, entonces es natural dejar de lado el problema de la fuerza del derecho. En otras palabras, si las normas que formula la autoridad son las únicas que pueden justificar una decisión institucional, entonces no tiene mucho sentido discutir acerca de qué relevancia tiene lo que dice una autoridad para resolver un caso.

Por el contrario, cuando se admite que las decisiones de la autoridad son el punto de partida para determinar la calificación normativa de una acción, pero que ellas no imponen una solución, entonces el problema de la fuerza de las normas cobra especial importancia. Por ejemplo, si además de las normas formuladas por la autoridad, los individuos pueden invocar ante los tribunales otro tipo de pautas y los jueces pueden justificar sus decisiones en normas que no han sido formuladas por las autoridades, entonces es necesario responder acerca de cuánto cuenta lo que ha dicho la autoridad frente a otras normas. En este trabajo sólo me ocuparé de un tipo de consideraciones normativas que tienen un papel relevante para la justificación de las decisiones judiciales: las razones que el legislador tenía para ordenar lo que ha prescripto.

Al igual que otras acciones intencionales, la formulación de una norma pretende asegurar determinados objetivos. Por ejemplo, el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) dispone una indemnización agravada en caso de que una mujer trabajadora sea despedida arbitrariamente en un plazo de siete meses y medio antes o después del parto. Esta norma tiene diversos objetivos, por ejemplo, proteger la salud de la mujer trabajadora y de su familia, facilitar la integración familiar, etc. Estos objetivos justifican la decisión del legislador; es decir proporcionan una razón para dictar la norma que ha formulado la autoridad. Los juristas acostumbran a referirse a estas razones como 'principios', y con frecuencia apelan a ellos para determinar la solución de una controversia. Los legisladores pueden guiar la conducta de un grupo formulando un principio; por ejemplo, si en lugar del artículo 178 LCT el legislador hubiese dicho: 'Es obligación del empleador velar por la salud de la mujer trabajadora y de su familia'. Un principio contribuye sustantivamente a la justificación de una decisión, pero no impone una solución en una controversia. Así, a diferencia del

artículo 178 LCT, este principio de protección ofrece mayor flexibilidad y alcance, es decir cubre un número indeterminado de situaciones ya que no determina taxativamente la conducta que el empleador debe producir o evitar.

En el Modelo MJ, las normas no tienen fuerza para imponer una decisión. Ellas suministran una guía para decidir, pero su fuerza tiene que ser explicada a partir de los principios que las justifican. Las normas contribuyen a la decisión de un caso sólo en la medida en que establecen una pauta correcta de comportamiento. Una de las funciones centrales del derecho es justificar la intervención en bienes básicos de los individuos, i.e. la vida, la propiedad, la libertad, etc. Si el derecho no tuviese aptitud moral, estas decisiones no podrían considerarse justificadas y, por ello, las decisiones que la autoridad toma son sólo indicios de lo que debe hacerse, pero no tienen capacidad de imponer una solución. Esta relación de dependencia entre normas y sus justificaciones permite sostener que ciertas decisiones de las autoridades son incorrectas y que, por ello, tienen que ser descartadas como errores institucionales. En otras palabras, puede ocurrir que las decisiones de las autoridades tengan que ser dejadas de lado ya que no pueden ser vistas como coherentes con los principios que las justifican. Por ejemplo, en 1999, la Cámara Nacional del Trabajo tuvo que resolver sobre la indemnización a una mujer trabajadora que había adoptado a una niña y había sido despedida por el empleador dos meses después de notificarle de esa adopción.³⁶ Como hemos señalado, el artículo 178 LCT protege a la mujer trabajadora en un lapso de siete meses y medio después del parto. En el voto principal del fallo, el ponente señala:

“Considero que la ley no ampara sólo meros procesos biológicos, como son el embarazo y el parto. Tienen en cuenta su significación espiritual y su trascendencia social. La recepción de una vida nueva que ha de integrarse en un núcleo familiar. Parece obvio que estos valores están presentes tanto en un parto como en la adopción y puesto que la ley protege igualmente al niño y la madre, no es posible distinguir entre uno y otro caso.”

En este fallo se decide a favor de otorgar la indemnización a la mujer trabajadora que ha sido despedida en virtud de haber adoptado a una niña. A pesar de lo que sostiene el juez que redacta el voto principal, el artículo 178 LCT limita la indemnización a situaciones que se producen en un determinado lapso antes y después del parto, sin mencionar expresamente la significación espiritual y la trascendencia social de los vínculos familiares. Sin embargo, en tanto se admita que las razones para promulgar este artículo también tienen relevancia para justificar una decisión jurídica, lo que expresamente ha dicho el legislador puede ser dejado de lado. A diferencia del

36. CN Trabajo, sala V, septiembre 30-1999. Casuaa, Margarita E. C. Alexander Fleming S.A.

Modelo MC, en el que las normas imponen una solución, en el Modelo MJ las normas contribuyen a una decisión que depende, en última instancia, de la ponderación de principios en juego.³⁷

Esta diferencia que cada modelo atribuye a las normas es la que explica también la relevancia de diferentes modelos de justificación. Para el Modelo MC, la operación básica es la subsunción de eventos en el alcance de reglas, para el Modelo MJ, la operación básica es la articulación y ponderación de principios. Por ello, mientras la discusión sobre el alcance de una norma suele constituir la principal preocupación para quienes se emplean el Modelo MC, para aquellos que adoptan el Modelo MJ, la explicación de la fuerza del derecho representa uno de sus principales desafíos. Parece claro que en el Modelo MJ no tiene sentido afirmar que las normas excluyen del razonamiento justificatorio las propiedades que la autoridad no ha tenido en cuenta. Los órganos de aplicación tienen que revisar la decisión de la autoridad a la luz del contexto del caso individual y de las razones que justifican las normas que ha formulado la autoridad. Las normas suministran únicamente razones ordinarias para decidir una situación individual y su fuerza dependerá de su apoyo en los principios que las justifican y su adecuación al contexto.

VI. Reglas y Principios

Una prueba crucial para decidir entre el Modelo MC y el Modelo MJ es la reconstrucción que ellos permiten de la noción de autoridad. Un análisis de la autoridad excede los límites de este trabajo, pero es importante señalar el núcleo del problema. El problema de la autoridad surge del criterio de adecuación que es necesario respetar en la reconstrucción: cualquier análisis de la autoridad tiene que dar cuenta de la *relevancia práctica* de sus normas, es decir, del hecho de que lo que la autoridad dispone cambia el estatus normativo de una conducta.

Para el Modelo MJ, las decisiones justificadas son una clase de las acciones moralmente correctas. En otras palabras: sólo aquello que es moralmente correcto puede ser obligatorio. Ahora bien, si la justificación de una decisión es equivalente a mostrar que ella es moralmente correcta, entonces pierde sentido la noción de autoridad jurídica. Ello es así porque o bien lo que la autoridad dispone coincide con lo que exige la moral o bien lo que la autoridad prescribe se aparta de lo que exige la

37. Esta discusión conecta de manera central con el problema de la derrotabilidad de las normas. Al respecto, véase, ALCHOURRÓN, Carlos. "Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of De-feasible Conditionals" en: J. J. Ch. Meyer et al. (editores), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, John Wiley & Sons Ltd, Amsterdam, año 1993.

moral. En el primer caso, la autoridad es *superflua* ya que nuestras obligaciones no se ven alteradas por lo que prescribe la autoridad, y en el segundo caso, la decisión de la autoridad es *irrelevante* ya que sólo las conductas moralmente correctas pueden ser genuinamente exigidas.³⁸

El Modelo MC parece estar en mejores condiciones para explicar la relevancia de la autoridad jurídica ya que, para este modelo, la calificación normativa de una acción depende de lo que *dice* la autoridad. Reconocer que un individuo tiene autoridad es aceptar que aquello que él ha dicho es obligatorio; que determina la solución de un determinado caso, excluyendo otros puntos de vista sobre la controversia. Quien ejecuta una cierta acción sólo porque ella es conveniente para sus propósitos, no reconoce la autoridad de quien le exige esa conducta. Así, la relevancia de la autoridad depende de una afirmación *contrafáctica*: Si el destinatario de la norma hubiese actuado del modo en que lo hizo aunque el legislador no hubiese ordenado esa conducta, entonces el destinatario de la norma no atribuye autoridad a quien ha formulado la norma.

Con frecuencia, el legislador regula la conducta de los individuos mediante reglas, y los jueces reconocen su autoridad cuando usan esas reglas para justificar la decisión de las controversias. Eso significa que las únicas propiedades que cuentan para determinar la solución de un caso individual son las que ha seleccionado el legislador. Sin embargo, es fácil advertir que los legisladores no se limitan a promulgar reglas, sino que también apelan con frecuencia a principios. ¿De qué manera guían la conducta estos principios? Una característica central de estas pautas normativas es que, a diferencia de las reglas, los principios no establecen explícitamente sus circunstancias de aplicación y eso implica que su alcance es, en gran medida, indeterminado. Por ello, el precio que se paga por regular la conducta mediante principios es doble. Por una parte, se aumenta el margen de indeterminación ya que los individuos no saben taxativamente que deben hacer o evitar. Por otra parte, las decisiones del legislador no determinan una solución y ello equivale a delegar autoridad en manos de los órganos de aplicación. En otras palabras, será necesaria una nueva decisión del órgano de aplicación para que los individuos sepan que es lo que deben hacer. Por ejemplo, el legislador puede señalar que las controversias en materia de Derecho de Familias tienen que ser resueltas teniendo en cuenta el interés superior del menor. Este principio del interés superior del menor es una pauta relevante para una enorme cantidad de casos. Por ejemplo, puede ser invocado tanto para decidir acerca del orden en que se inscriben los apellidos en un caso de adopción como en situaciones en las que hay

38. La discusión acerca de la naturaleza y posibilidad de la autoridad es uno de los temas centrales de la filosofía política contemporánea. Para una introducción a la discusión contemporánea, véase: SHAPIRO, Scott. "Authority" en COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 2002.

que decidir sobre la transfusión de sangre a una madre de cinco niños que se niega a esa práctica invocando razones religiosas. El principio introduce una razón para tener en cuenta, pero no ofrece una solución definitiva a la controversia. Por ejemplo, supongamos un caso de divorcio en el que existe desacuerdo entre los padres sobre la tenencia de los hijos. En este caso, el juez no puede resolver la controversia repitiendo simplemente que hay que preservar el interés superior del menor. Los padres pueden estar de acuerdo en la relevancia de proteger a sus hijos y, sin embargo, todavía pueden preguntarse qué es lo que deben hacer. Para resolver el problema el juez tiene que dar una *nueva* directiva, e.g. ordenar que los niños permanezcan con su madre. En esta necesidad de tomar una nueva decisión radica la delegación de autoridad que acompaña a la técnica de regulación de comportamiento mediante principios.

En casos en los que se invocan principios, el juez necesita tomar una nueva decisión para resolver la controversia. Sin embargo, su solución no puede ser arbitraria, i.e. no puede ignorar el desafío moral de dar contenido al principio del interés superior del menor. Al respecto, Dworkin señala que un principio que impone el deber de tratar a las personas de manera equitativa puede considerarse como una instrucción para que los individuos se comporten con equidad,³⁹ y

"... en ese caso, delegan en aquellos a quienes instruyen la responsabilidad de desarrollar y aplicar su propia concepción de la equidad en la medida en que se planteen casos controvertibles. Esto, por cierto, no es lo mismo que concederles la discreción de actuar como quieran; aquí se establece un estándar que ellos deben tratar de cumplir (y pueden fallar), porque se supone que una concepción es superior a otra."

¿Qué puede hacer un legislador si no desea delegar esta capacidad normativa en manos de los órganos de aplicación? La alternativa es la motivación mediante reglas (normas), que pueden ser aplicadas de manera 'opaca', i.e. sin considerar las razones subyacentes a las normas formuladas. Mientras los principios indican una pauta moral u objetivo social valioso sin imponer una conducta determinada, las reglas califican acciones específicas sin mencionar expresamente el fin o razón que las justifica. Las normas son instrumentales respecto de los principios que las respaldan y dado que ellas se justifican en esos principios o razones subyacentes, las normas son estrategias subóptimas de decisión. Esto significa que los casos normales pueden ser resueltos de igual manera mediante la aplicación de las normas o de los principios que la justifican, pero en casos recalcitrantes las soluciones que ofrecen son divergentes. En estos casos recalcitrantes, las normas pueden exigir conductas que los principios subyacentes no requieren, y en ese caso, ellas son *sobreincluyentes*. O bien, las normas pueden dejar de lado conductas que los principios exigen, en cuyo caso,

39. DWORKIN, Ronald. "Constitutional Cases" en *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 135.

resultan *infraincluyentes*.⁴⁰ Por ejemplo, en su artículo 119 el Código Penal Argentino castigaba el delito de violación en el caso en que hubiese acceso carnal mediante el uso de fuerza o intimidación. Esta norma protegía, entre otras cosas, la libertad sexual de los individuos. Sin embargo, la redacción de esta norma dejaba sin castigar los casos de *fellatio* y puede señalarse que no existen diferencias relevantes, desde punto de vista de la libertad sexual, entre la violación y la *fellatio*. Esto significa que la norma de la violación era *infraincluyente* respecto al principio que la justifica. La reforma del Código Penal introducida por la ley 25.087 intentó corregir esta situación y dispone en su artículo 119 que la figura básica del delito contra la integridad sexual se agrava 'cuando hubiese acceso carnal por cualquier vía'. Esta nueva redacción ha dado lugar a controversias entre los juristas y discrepancias en la jurisprudencia ya que si bien la expresión 'acceso carnal por cualquier vía' es apta para dar cuenta de los casos de *fellatio*, también incluye otros casos (e.g. la introducción de un artefacto en el oído) que no se encuentran protegidos por los principios subyacentes. Es decir, las discrepancias se deben a la naturaleza *sobreincluyente* de la nueva disposición.

Hemos visto que tanto las reglas como los principios ofrecen ventajas y desventajas para la regulación del comportamiento. La decisión de regular el comportamiento mediante principios o reglas le corresponde al legislador. Como se ha dicho, si el legislador intenta decidir las controversias, tiene que imponer una regla. En ocasiones, el legislador reafirma esta decisión estableciendo una jerarquía de argumentos y declara que es obligatorio observar las reglas, reservando los principios para la solución de situaciones indeterminadas o difíciles. Por ejemplo, el artículo 11 LCT señala:

"Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe."

Este precepto tiene por función indicar que los principios ocupan un lugar subsidiario a las normas ya que autoriza a emplearlos en la solución de las controversias bajo la condición de que el caso no estuviese solucionado por las normas que el legislador ha establecido en las leyes o las cláusulas que las partes han acordado en sus contratos.

Una buena técnica legislativa ayudará a disminuir la aparición de casos recalcitrantes, pero es importante comprender que ellos son, en gran medida, inevitables. Tener reglas es precisamente atrincherar lo que dice la autoridad frente

40. Al respecto, véase: SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, año 199, pp. 31 y ss.

a la presión divergente de los principios. Si los órganos de aplicación son libres de apartarse de lo que dice la autoridad y decidir las controversias mediante la aplicación de las razones subyacentes, entonces hay que concluir que ellos no están vinculados por lo que *ha dicho* la autoridad, sino por aquello que *debería haber dicho*. Reconocer la autoridad del legislador requiere no sólo tener en cuenta lo que dice sino también exige tomar en serio el *tipo* de instrucción que ha formulado. Como señala Bayón,⁴¹

"... hay una idea fundamental que debe ser enfáticamente subrayada: si se acepta que es el legislador, y sólo él, quien cuenta con la autoridad para realizar ese balance [entre legislar mediante reglas o mediante principios], entonces la solución que adopte debe aceptarse en sus propios términos: no porque ello no vaya a conducir a veces a decisiones indeseables... sino porque se respeta su criterio acerca de cuál, entre dos series alternativas de posibles decisiones indeseables, es globalmente menos dañina."

En el mismo sentido, al comentar los compromisos que surgen para los jueces en un modelo clásico de Estado de Derecho, sostiene:⁴²

... en los espacios claramente determinados por las reglas debe regir el principio del sometimiento estricto del juez a la ley: no porque ello carezca de costes (en formas de aplicaciones o no aplicaciones de la regla que frustran su propósito), sino, de nuevo, para evitar los costes – que se presuponen mayores – que involucraría el mecanismo de decisión alternativo

La conclusión que se impone de este argumento es que la relevancia de la autoridad impone la subordinación de los jueces a las decisiones del legislador y son infieles a su autoridad aquellos jueces que toman a una regla como si fuese un principio o a un principio como si fuese una regla.

41. BAYÓN, Juan Carlos. "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional" en Revista Jueces para la Democracia N° 27, año 1996, p. 46.

42. BAYÓN, Juan Carlos. "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional" op. cit., pp. 46-47.

VII. Interpretación y normatividad del derecho

El presupuesto en que se basa este trabajo es que el derecho es normativo. De la normatividad del derecho se desprenden dos consecuencias. Por una parte, el derecho impone obligaciones que no pueden reducirse a meras razones prudenciales y, por otra parte, los jueces están obligados a aplicar el derecho. Ahora bien, ¿De qué manera vincula el derecho a los jueces? Una clara respuesta a esta pregunta es fundamental para entender bajo qué condiciones está justificada una decisión judicial. Sin embargo, no siempre es fácil encontrarla. Las dificultades surgen, con frecuencia, de un insuficiente análisis de los presupuestos y consecuencias de los compromisos teóricos que se asumen. Por ejemplo, a veces se señala que los jueces no pueden usurpar el papel del legislador, pero se concede al mismo tiempo que la interpretación del derecho es inevitable. Ello quiere decir que las palabras del legislador son manipuladas mediante estrategias de interpretación y algunas veces se admite que esta es una manera de adecuar el sentido de los textos jurídicos a diversos desafíos de nuestra compleja y cambiante realidad social. En otras palabras, aunque se admite que los jueces son 'esclavos de la ley', se permite modificar su contenido a efectos de lograr la interpretación que represente la correcta solución de las controversias.

Ahora bien, ¿Qué concepción de derecho respalda esta afirmación? Quienes asumen que una de las principales funciones de las normas jurídicas es motivar comportamientos, tienen que trazar una clara distinción entre las normas y los textos en que ellas se formulan. Las formulaciones normativas son motivacionalmente inertes, i.e., los individuos no pueden motivarse por un texto y lo que determina sus conductas es lo que estas formulaciones significan. Por ello, si se considera que el derecho es una técnica de motivación y control, hay que sostener que las normas son el significado de las formulaciones empleadas por las autoridades normativas. Como se ha señalado anteriormente, si el legislador formula sus textos en un idioma diferente al que comparten los miembros de su comunidad, los destinatarios de sus normas no sabrían de qué manera deben comportarse, aun si fuese verdad que ellos conocen cuáles son los textos relevantes.

Esta conclusión queda a menudo oculta por la ambigüedad de la palabra 'interpretación'. Por 'interpretación' se entiende habitualmente una especie de puente semántico que permite salvar la distancia entre las formulaciones normativas y las normas. La interpretación es la asignación de significado a un determinado texto y la forma canónica de este tipo de enunciados puede ser expresada de la siguiente manera.

Enunciado Interpretativo (EI): "El texto T significa S"

Al igual que otros enunciados, el valor de verdad de *EI* dependerá de si conforme a las reglas semánticas de un determinado lenguaje, el texto *T* significa *S*. Al igual que los enunciados normativos, los enunciados interpretativos son sistemáticamente ambiguos ya que pueden usarse tanto para *describir* como para *estipular* el significado de un texto. Cuando los interpretes estipulan un nuevo significado para el texto *T*, el enunciado *EI* es una definición estipulativa y, al igual que otras definiciones de ese tipo, carece de valores de verdad. Esta distinción entre descubrimiento y estipulación de significado es lo que impugnan las teorías escépticas de la interpretación. Una buena defensa de estas posiciones escépticas se encuentra en trabajos de la denominada 'Escuela Genovesa'.⁴³ Al respecto, Moreso, al comentar las tesis de uno de los líderes de esa escuela, Riccardo Guastini,⁴⁴ señala:

"Como es sabido, Guastini (y, siguiendo a Tarello, toda la escuela genovesa) sostiene una teoría escéptica de la interpretación jurídica, según la cual los enunciados interpretativos son semejantes a definiciones estipulativas y, por lo tanto, carecen de valor de verdad: la actividad interpretativa no es una actividad de carácter cognoscitivo sino que tiene naturaleza prescriptiva. Además, para alcanzar esta conclusión Guastini cree que no es preciso asumir ninguna teoría del significado, la observación de la actividad interpretativa de los juristas es suficiente para fundamentar tal posición escéptica."

No es este el lugar apropiado para una discusión exhaustiva de las tesis escépticas.⁴⁵ Por el contrario, en esta sección sólo se intentará exponer las bases de una alternativa no escéptica de la interpretación jurídica. Estos rasgos centrales pueden resumirse del siguiente modo.

El significado de una expresión depende de su uso en contextos paradigmáticos. Así, podemos *mostrar* qué es lo que significa una palabra señalando un ejemplo paradigmático. Esta relación entre uso y significado se advierte claramente en aquellas situaciones en que el legislador introduce una definición. Por ejemplo, en el artículo 78 del Código Penal, el legislador dispone que la expresión 'violencia' comprende el uso de medios hipnóticos o narcóticos. En el lenguaje ordinario, los individuos no se refieren mediante la expresión 'violencia' a los casos de acciones realizadas

43. MORESO, José Juan. "Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate", MS inédito, p. 1. Para una presentación de las ideas principales de la 'Escuela Genovesa' véase a la bibliografía citada en CHIASSONI, Pierluigi. "L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese'" en *Analisi e Diritto*, año 1998, pp. 21-76 y BARBERIS, Mauro, "Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici a la genios" en *Analisi e Diritto*, año 2000, pp. 1-36.

44. En particular, Moreso analiza la presentación que Guastini ofrece en: GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, editado por Giuffrè, Milano, Italia, año 1993, pp. 336-338.

45. Al respecto, véase: ENDICOTT, Timothy. "Linguistic Indeterminacy" en *Oxford Journal of Legal Studies* Nº 16, año 1996, pp. 667-697.

con ayuda de narcóticos. Sin embargo, un juez está justificado en aplicar la pena correspondiente a delitos que requieren violencia en caso de haberse empleado sustancias hipnóticas o narcóticas. Si el significado de las formulaciones normativas no dependiese del modo en que el legislador *usa* las palabras, entonces, los jueces no estarían justificados en castigar, por ejemplo, como violación una relación sexual en la que el violador ha empleado un narcótico con el fin de someter a su víctima.

Este argumento puede generalizarse de la siguiente manera. La identificación de las normas formuladas por el legislador tiene que comenzar con la búsqueda del significado que el legislador ha atribuido a las expresiones que ha empleado. En general, este significado coincide con el que las palabras tienen en el contexto de uso ordinario en cierta comunidad. Pero, en ocasiones, el legislador puede apartarse de esas convenciones e introducir sus propias definiciones. En ese caso, atribuir a sus palabras el sentido ordinario sería alterar su mensaje, ya que, precisamente, la función de las estipulaciones del legislador es ampliar o restringir el significado que las palabras tienen en su uso común. La identificación del modo en que el legislador ha usado las palabras es una cuestión empírica y, al igual que otros problemas de esta índole, puede ser difícil establecer con precisión lo que el legislador ha dicho. Sin embargo, de allí no debe inferirse que nunca sea posible determinar en qué sentido ha usado la autoridad una determinada formulación.

La distinción entre el significado de las palabras en el uso ordinario del lenguaje y el significado atribuido por el legislador a sus palabras suele ser recogido por las expresiones 'interpretación objetiva' e 'interpretación subjetiva'. En el Modelo MC, la interpretación subjetiva tiene primacía sobre la interpretación objetiva en la identificación del derecho. En caso de que el legislador haya usado las palabras en el mismo sentido que las usan los miembros de una cierta comunidad, la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva carece de sentido. Y en caso de que el legislador haya usado las palabras de manera diferente, es éste significado atribuido por el legislador el que debe guiar la identificación de sus normas.⁴⁶ Esta conclusión a menudo pasa inadvertidas por el hecho de que las convenciones del lenguaje ordinario son el trasfondo en el que el legislador estipula nuevos significados. Ello significa que en el ciclo entre convención lingüística y estipulación, la convención tiene primacía conceptual.

Si se sostiene que la interpretación es siempre inevitable y que los jueces no tienen límites jurídicos en su tarea interpretativa, entonces también deberá admitirse que los jueces no están vinculados por el derecho y esto es equivalente a negar su

46. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. "Definiciones y normas" en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 443-444.

normatividad. En otras palabras, esto sería otra manera de decir que el derecho es, en definitiva, el resultado de las decisiones interpretativas de los jueces. Esta es la conclusión que subraya Ronald Dworkin cuando sostiene que los principios jurídicos forman inevitablemente parte de nuestra explicación de la naturaleza vinculante de las normas:⁴⁷

“En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En ocasiones, se anulan directamente las normas del Common Law – las establecidas por decisiones previas de los tribunales – y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas jurídicas se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones... Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos...”

Por consiguiente, quienes intentan afirmar que la interpretación es inevitable y que los jueces no tienen límites en su tarea interpretativa, i.e. que cualquier significado que ellos asignen a un texto es sólo el resultado de una decisión que no es posible calificar como correcta, están comprometidos a rechazar que los jueces estén vinculados por el derecho.

VIII. Conclusiones

La exigencia de justificación de las decisiones es un rasgo paradigmático de los sistemas jurídicos contemporáneos. La base de esta exigencia es la idea de que el derecho tiene autoridades que pueden imponer obligaciones. En este trabajo se han explorado dos modelos que intentan dar cuenta de la vinculación del juez al derecho. El Modelo MC asume que el derecho se agota en lo que dice la autoridad y por ello el fundamento de las obligaciones jurídicas reposa exclusivamente en lo que la autoridad ha decidido. El Modelo MJ admite que el derecho incluye otras pautas diferentes a las normas formuladas por el legislador, i.e. el fundamento de las obligaciones jurídicas no se agota en lo que ha prescripto la autoridad, sino que también incluye aquellas razones que la autoridad tenía para decir lo que dijo. En ambos modelos, las normas pueden ser consideradas como obligatorias, pero la naturaleza de esas obligaciones

47. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, año 1977, p. 37.

es diferente. Así, en el Modelo-MC, el reconocimiento de la naturaleza vinculante de las normas lleva a considerarlas como *razones excluyentes* y los jueces tienen que decidir las controversias de la manera prevista por esas normas. En el Modelo MJ, las normas son *razones contribuyentes* y los jueces tienen la obligación de tenerlas en cuenta, aunque ellas no impongan una solución. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con pautas que carecen de normatividad, e.g. las ordenes de un asaltante, las normas jurídicas no pueden ser ignoradas y los jueces tienen que dar razones para apartarse de lo que ellas disponen.

Ambos modelos asumen diferentes compromisos acerca de la justificación de las decisiones judiciales. Si la justificación de una decisión exige mostrar que la solución es correcta y que no es jurídicamente admisible otra decisión, entonces, la justificación jurídica tiene que estar basada en reglas. Los principios son razones que tienen que ser ponderadas y por ello siempre es posible encontrar una solución alternativa. Por supuesto, puede ocurrir que para un cierto caso, la única decisión correcta sea la que se obtenga de un argumento de principio. Sin embargo, si esa solución no se universaliza mediante una regla que la justifique, la decisión sólo sería correcta para ese caso individual específico,⁴⁸ y casos similares podrían decidirse justificadamente de manera diferente. Ello conduce a un enfoque *particularista* de la justificación, en la que se sostiene que las razones sólo son relevantes en un contexto determinado.⁴⁹ El problema del particularismo es que no parece capaz de explicar porqué una razón puede ser una buena razón en un contexto específico sin recurrir a pautas generales. En otras palabras, a efectos de asegurar que una solución esté justificada hay que asumir la exigencia de resolver casos similares de igual manera y, para ello, es preciso que se formule una regla que permita descartar las diferencias irrelevantes en la aplicación del derecho. Por tanto, si no es posible determinar por qué una razón es una buena razón sólo en un determinado contexto, entonces hay que concluir que el enfoque particularista no ofrece una idea alternativa de justificación sino lisa y llanamente una alternativa a la justificación.

48. SINGER, Marcus. *Generalization in Ethics*, editado por Alfred Knopf, New York, año 1961, pp. 46 y ss.
 49. El particularismo es una doctrina desarrollada principalmente en el ámbito de la filosofía moral. Para una discusión contemporánea de sus principales tesis, véase: HOOKER, BRAD y LITTLE, MARGARET. (editores), *Moral Particularism*, Oxford University Press, Oxford, año 2000. Su repercusión en la teoría del derecho ha estado ligada al problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, la ponderación de derechos y la argumentación jurídica. Al respecto, véase los trabajos de SANCHÍS, Luis Prieto. MORESO, José Juan y CELANO, Bruno en *Ragion Pratica* N° 18, año 2002, BAYÓN, Juan Carlos. "¿Why is Legal Reasoning Defeasible?" en SOETEMAN, A. (ed), *Pluralism and Law*, editado por Kluwer, Ámsterdam, año 2000, pp. 327-346. y REDONDO, María Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism" en *Journal of Moral Philosophy*, año 2004, revista actualmente en prensa.

La relación entre reglas y justificación es con frecuencia ocultada por el fenómeno de la interpretación jurídica. Cuando las reglas imponen una solución incompatible con nuestras convicciones morales, es tentador modificar el contenido de las normas mediante estrategias interpretativas. Sin embargo, si esta operación de cambio normativo no está sujeta a restricciones que no dependan de la voluntad de los jueces, entonces habría que negar que los jueces estén obligados por las normas jurídicas y esto conduce, en definitiva, no sólo a descartar que los jueces tengan que justificar sus decisiones en derecho, sino también a abandonar la idea misma de la normatividad del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULGYIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 1979.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULGYIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1974.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BULGYIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1977.
- GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, editado por Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HOOKE, Brad y LITTLE, Margaret, (editores), *Moral Particularism*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2da edición, editorial Porrúa, México, 1979.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, University Press, Oxford 1978.
- MEYER J. J. Ch. et al. (editores), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, John Wiley & Sons Ltd, Amsterdam, 1993.
- PAULSON, Stanley, (eds), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Turín, 1995.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2ª edición, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- REDONDO, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- SINGER, Marcus, *Generalization in Ethics*, editado por Alfred Knopf, New York, 1961.

ARTÍCULOS

- ALCHOURRÓN, Carlos, "Sobre derecho y lógica" en Revista Isonomía N° 13, año 2000.
- BACIGALUPO, Enrique, "Sobre la vinculación del juez a la ley penal" en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N°s 1 y 2, año 1997.
- BARBERIS, Mauro, "Lo scetticismo imaginario. Nove obiezioni agli scettici a la génoise" en Revista Analisi e Diritto, año 2000.
- BAYÓN, Juan Carlos, "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional" en Revista Jueces para la Democracia N° 27, año 1996.
- BAYÓN, Juan Carlos, "¿Why is Legal Reasoning Defeasible?" en Soeteman, A. (ed), Pluralism and Law, Kluwer, Amsterdam, año 2000.
- BULYGIN, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Análisis Lógico y Derecho, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1991.
- BULYGIN, Eugenio, "Los jueces, ¿Crean derecho?" en Revista Isonomía N° 18, 2003.
- HART, H.L.A, "Legal Duty and Obligations" en Essays on Bentham, Oxford University Press, Oxford, año 1982.
- CHIASSONI, Pierluigi, " L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese' " en Revista Analisi e Diritto, año 1998.
- COLEMAN, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" en Coleman, Jules (ed), Hart's Postscript, Oxford University Press, Oxford, año 2001.
- DWORKIN, Ronald, "The Model of Rules I" en Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge, Mass, año 1977.
- ENDICOTT, Timothy, "Linguistic Indeterminacy" en Oxford Journal of Legal Studies 16, año 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, M. (ed), Neoconstitucionalismo(s), editorial Trotta, Madrid, año 2003.
- POSTEMA, Gerald, "The Normativity of Law" en Gavison, Ruth (ed), Issues in Contemporary Legal Philosophy, pp. 81-104, Oxford University Press, Oxford, año 1987.
- RAZ, Joseph, "Authority, Law, and Morality" en Ethics in the Public Domain, Oxford University Press, Oxford, año 1984.
- RAZ, Joseph, "The Institutional Nature of Law" en The Authority of Law, Oxford University Press, Oxford, año 1979.

- RAZ, Joseph, "Intention in Interpretation", en Robert George (ed), *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1996.
- REDONDO, María Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism" en *Journal of Moral Philosophy*, año 2004 (en Prensa).
- SHAPIRO, Scott, "The Difference that Rules Make" en Bix, Brian (ed), *Analyzing Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1998.
- SHAPIRO, Scott, "Authority" en Coleman, Jules and Shapiro, Scott (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 2002.